

Função Social da Propriedade

MELHIM NAMED CHALHUB

Advogado, Expositor da EMERJ

1. Considerações preliminares – A idéia da função social da propriedade não é nova, já tendo merecido atenção da doutrina cristã na Idade Média, mas é a partir do final do século XIX que ganha especial relevo, vindo a ser consagrada nas Constituições modernas

Com efeito, o crescimento e a diversificação da atividade econômica, no final do século XIX, levam a grande concentração societária do capital e ao surgimento da grande empresa, controladora da produção e do mercado. Ao mesmo passo, a doutrina marxista vê a propriedade como fator de supremacia do capital sobre o trabalho, seguindo-se a revolução russa de 1917 com a socialização dos meios de produção.

A idéia de que o direito de propriedade está ligado a um dever perante a coletividade aparece com nitidez na Encíclica **Quadragesimo Anno**, pela qual se procura distinguir o *direito* de propriedade e o *uso* da propriedade, preconizando-se a atuação do legislador no sentido de regular o exercício do direito de propriedade de acordo com as exigências do bem comum.

No campo jurídico e ideológico, sofrem restrições o privilégio especial e a proteção que caracterizava a propriedade individualista no século XIX, assumindo papel preponderante o exercício da propriedade como função social. Nesse contexto, sobreleva a utilidade social da propriedade, prevalecendo a idéia de que os bens devem ser dirigidos para a produção da riqueza, visando atender harmonicamente as necessidades do titular do direito de propriedade e o interesse da coletividade.

De outra parte, as transformações verificadas na atividade econômica induzem à racionalização da exploração econômica dos bens, em detrimento da posse pura e simples e, nesse contexto, ressaltam importantes alterações decorrentes do desenvolvimento da sociedade por ações, que viabilizou a transferência, para os administradores, dos poderes naturalmente atribuídos ao proprietário.

De fato, a partir da revolução industrial, a atividade econômica passou a exigir a aplicação de somas vultosas de capital, circunstância que coloca a sociedade por ações em posição de destaque como instrumento de captação de recursos para alavancagem da produção. Por essa forma, fraciona-se a propriedade da empresa, que passa a ser atribuída a um certo número de

acionistas e é expressa em títulos facilmente transferíveis; aí, a propriedade não mais recai sobre a coisa, na sua expressão material, mas passa a ter como objeto valores mobiliários, que exprimem o patrimônio da empresa, tornando-se irrelevante a posse direta sobre os bens integrantes do ativo da empresa, pois o poder de disposição do proprietário passou a ter como objeto a ação, que corresponde a uma fração do capital, e não mais os bens que constituem esse capital; os poderes de gestão direta sobre esses bens são atribuídos a administradores, enquanto que os acionistas só podem influir na administração da empresa por força de deliberações da assembléia geral ou através de um conselho de administração; assim, os gestores é que exercerão os poderes típicos do proprietário, estando reservado aos acionistas o proveito econômico da atividade empresarial, por meio da percepção de dividendos. Trata-se de uma das mais significativas alterações no conceito da propriedade, pelas quais “o direito passa da posse ao crédito e muda, sem dizê-lo, o sentido da palavra *propriedade*.”³⁰³

Esses novos contornos das relações sociais e econômicas vão revestindo a propriedade de configuração cada vez mais complexa, a partir da qual sua regulamentação há de se diversificar, segundo distintas situações proprietárias, como, por exemplo, a exploração da terra para fins agrícolas ou o uso e ocupação do solo urbano, a utilização de recursos tecnológicos, as atividades desenvolvidas no mercado de capitais, entre outras situações merecedoras de tutela.

2. Estrutura e função – Estrutura e função “respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O ‘como é?’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função.”³⁰⁴ A noção de *função* está ligada à finalidade de determinado instituto ou direito e corresponde aos interesses objeto da tutela; a *função* indica a maneira como um instituto ou direito deve operar e, assim, delinea o perfil estrutural do instituto; é a função, segundo Salvatore Pigliatti, “a razão genética do instituto e a permanente razão da sua aplicação, isto é, sua razão de ser.”³⁰⁵

Juntas, estrutura e função modelam a natureza do instituto.

A *estrutura* do direito de propriedade é composta pelas faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, bem como pelo direito de exclusão de terceiros, enquanto que a idéia da *função* está associada à utilidade da coisa; já a so-

303 RIPERT, George. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1. ed., 1947, p. 141.

304 PERLINGIERI, Pietro, **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94.

305 **La proprietà nel nuovo diritto**, Milão: Dott. A. Giufrè, 1964, p. 300

cialidade da função diz respeito à “utilidade social dela resultante”.

Qual é, então, concretamente, a função da propriedade? *Para que serve o direito de propriedade?*

Essa indagação pode comportar respostas distintas, de acordo com a perspectiva ideológica considerada, mas é de se admitir que, sob qualquer perspectiva, “o direito de propriedade serve para fundar estruturalmente um mercado”, constituindo um sistema institucional que garanta o funcionamento do mercado. A característica desse mercado dependerá da configuração jurídica atribuída ao direito de propriedade, podendo o mercado “ser livre ou monopolista em virtude da capacidade das instituições jurídicas (o direito de propriedade em primeiro lugar) de canalizar no interesse de todos a atividade de cada um.”³⁰⁶ Entretanto, qualquer que seja a organização social considerada, a propriedade há de ser, obviamente, elemento sempre presente na estrutura da ordem econômica e social, não havendo dúvida de que o reconhecimento do direito de propriedade é fator de segurança jurídica e, conseqüentemente, de estabilidade social.

3. Função social da propriedade – Diferentemente da concepção individualista, que privilegiava o interesse do titular da propriedade, a tutela da propriedade, sob a perspectiva social, extrapola os limites do direito individual e passa a tutelar também o interesse social, na medida em que se reconheça que “o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse.”³⁰⁷

306 MATTEI, Ugo, “Desenvolvimentos institucionais do direito de propriedade”, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 6, 2001, pp. 99/126. Sob a ótica liberal, “a propriedade privada serve para garantir a correspondência entre os investimentos e o risco (*inputs*) e o retorno dos mesmos” (BUCKLE, S., “*Natural law and the theory of property*”. *Grotius to Hume*”, Oxford, 1991, in MATTEI, Ugo, ob. e p. cit.). Segue a observação de Mattei: “O exemplo típico é o do agricultor que investe tempo, trabalho e dinheiro no cultivo da terra, somente porque sabe que a colheita será sua. Caso não pudesse ter certeza desta posse (em outras palavras, se soubesse que outra pessoa poderia impunemente subtrair-lhe o fruto de seu trabalho), não cultivaria a terra com tanto zelo. Nessa concepção, portanto, a função do direito de propriedade consiste em criar incentivos para a maximização dos investimentos produtivos, com um benefício social derivado da valorização dos recursos produtivos. O agricultor sabe que o ordenamento jurídico o tutela se alguém, sem sua permissão, levar a colheita, fruto do seu suor e de seu risco de empresa.” (ob. e p. cit.). Sob a perspectiva socialista, como, por exemplo, a experiência soviética no campo agrícola, a idéia fundamental era que a coletividade se responsabilizasse pelos investimentos necessários à exploração do potencial econômico da terra e essa mesma coletividade se beneficiasse dos resultados da exploração. Naquele regime, o Estado concedia um usufruto gratuito e perpétuo do solo às cooperativas agrícolas, cujo patrimônio era formado pelas máquinas, equipamentos e demais meios materiais necessários à exploração agrícola. O usufruto era uma espécie de concessão com a obrigação do concessionário de explorar a terra, sob pena de perdê-la em proveito de outros beneficiários.

307 GOMES, Orlando, **Direitos reais**, cit., p. 107.

A qualificação da propriedade pela sua função social não implica supressão dos poderes inerentes à propriedade, nem importa em negação da propriedade privada; antes, importa em legitimação da propriedade privada, capitalista, “e a compatibiliza com a democracia social que caracteriza os sistemas políticos contemporâneos”,³⁰⁸ de modo que a referência a uma propriedade dotada de função social é uma referência à propriedade privada, pois a propriedade estatal e a propriedade coletiva já nascem impregnadas da idéia da função social.³⁰⁹

Na medida em que essa qualificação social não desnatura os elementos da propriedade privada,³¹⁰ importa compatibilizar o direito subjetivo e a função, aquele condicionado por esta, mediante imposição de deveres, positivos ou negativos, visando o cumprimento da finalidade definida para os bens objeto do direito de propriedade, segundo sua natureza e de acordo com as diversas situações merecedoras de tutela especial.

Ao tratar dessa compatibilização, a lei poderá imprimir maior ou menor compressão sobre os poderes do titular da propriedade, numa interferência que, segundo Luiz Roldão de Freitas Gomes, atingirá o “conteúdo mesmo do direito, em que se inserem situações passivas impostas a seu titular em favor do Bem Comum, que vão insculpindo nova conformação desse direito, mais em harmonia com os princípios da coexistência dos direitos e da prevalência do social, que norteiam a evolução jurídica contemporânea.”³¹¹

A noção da função social da propriedade, bem como a da função dos bens sobre os quais recai, é construída a partir de um “critério delimitador do conteúdo da situação jurídica como consequência das *finalidades* definidas para os bens sobre os quais recai, o que supõe *novas limitações* do direito de propriedade e, em certas circunstâncias, a criação de novas obrigações e deveres concretos para seu titular.”³¹²

308 SCHREIBER, Anderson. “Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira”. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA Editora, v. 6, abr/jun, 2001, p. 159.

309 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2001, p. 269. Diz o autor: “A alusão à função social da *propriedade estatal* nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma *função pública*. E a referência à função social da *propriedade coletiva*, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasma.”

310 Até porque “um direito de propriedade só é reconhecível como tal se nele se verifica a conjunção dos seus caracteres específicos: *ius utendi, ius fruendi, ius disponendi*” (DÍEZ-PICAZO, L., *apud* MOZOS, José Luís de los, **El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1993, p. 197).

311 GOMES, Luiz Roldão de Freitas, “O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro”, **Revista Forense**, Rio, v. 309, p. 25/32.

312 MOZOS, José Luís de los, **El derecho de propiedad...**, cit., p. 197.

Com efeito, o fato de o conteúdo da propriedade ser composto de poderes e deveres significa que o proprietário dispõe de um espaço mais limitado, dentro do qual pode satisfazer seus interesses individuais. Em razão de critérios delimitadores do conteúdo do direito de propriedade, seu titular é sujeito passivo de deveres e obrigações, que lhe impõem a utilização da propriedade num determinado sentido; essa delimitação de conteúdo, entretanto, não suprime o direito subjetivo do titular da propriedade, mas, não obstante, interfere no seu conteúdo, diminuindo as faculdades do proprietário, condicionando seu exercício e impondo o dever de implementar certas faculdades inerentes ao direito.³¹³

A função social, assim, conduz a novos contornos, em que o direito de propriedade se configura como uma situação jurídica complexa, ativa e passiva. Trata-se de concepção finalística, que conjuga direitos, deveres, obrigações e ônus, impondo “ao proprietário – ou a quem detém o controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem.”³¹⁴

Na atualidade, o princípio passa a merecer maior atenção, atribuindo-se, na caracterização da propriedade, maior relevância ao conteúdo econômico e social dos bens, considerada sua destinação e o adequado aproveitamento do seu potencial.

De fato, o expressivo crescimento da população e, particularmente, sua concentração nos grandes centros urbanos, aliada ao incessante surgimento de novos produtos e serviços indispensáveis à vida contemporânea, implica inevitável e crescente intervenção no ambiente e incremento da produção e da produtividade, visando atender as necessidades básicas de assentamento e de consumo. Nesse processo, não raras vezes o uso e a ocupação do solo se fazem de maneira inadequada.

De outra parte, a aplicação de novas tecnologias na exploração dos recursos naturais vem sendo feita de maneira desmedida e, muitas vezes, inconseqüente, tudo isso contribuindo para acelerar a degradação da natureza e o esgotamento de certos recursos essenciais para as necessidades da vida.

Merece especial atenção o fenômeno da substituição da propriedade pelo crédito, que provoca importantes transformações na forma de apropriação dos bens, sua exploração e circulação, a que Emmanuel Levy qualificou como “substituição de um regime de posse por um regime de valores.”³¹⁵

313 PEREZ NUÑO, Antonio Enrique, *apud* Patrícia Izabel Torres Monteiro, “Idéia de função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro”, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, março de 1999, p. 71.

314 GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica...**, cit. p. 275.

315 *Apud* George Ripert, ob. cit., p. 141.

De fato, a atividade econômica delineada a partir da revolução industrial pressupõe a necessidade de transformação das coisas em mercadorias, cuja aquisição se admite seja feita não somente para apropriação definitiva, perpétua, mas também temporária, para que sejam trocadas por dinheiro. Na sociedade industrial passa a prevalecer o interesse em *realizar* as coisas, mediante sua conversão em dinheiro, donde o valor da propriedade está associado à liquidez que o mercado lhe atribui. Para Gustav Radbruch, “a propriedade degenera, ao transformar-se no conceito de patrimônio ou de riqueza”, na medida em que o patrimônio é expresso em numerário e tende a converter-se sempre em dinheiro, sendo certo que o dinheiro, em si, não é uma coisa, mas um instrumento para se obter coisas, da mesma forma que o é o crédito. Observa Radbruch: “é evidente que as coisas, o dinheiro e os créditos, passaram a constituir na atual organização econômica uma nova unidade conceitual que está longe de coincidir, hoje, com o antigo conceito de propriedade, apenas cruzando-se com ela.”³¹⁶

Nessa perspectiva, o que conta é a circulação do direito, é a possibilidade de conversão da propriedade em dinheiro, em termos mais ou menos imediatos, bem como a mobilização patrimonial, e é isso o que dá a medida do valor da propriedade e lhe atribui liquidez, cujo papel é extraordinariamente relevante, em razão da necessidade de realização do potencial econômico da propriedade.

Na linha desses conceitos, o desenvolvimento do capitalismo financeiro passou a reclamar, cada vez mais intensamente, novas adaptações do direito de propriedade, para ajustá-lo às novas feições que a utilização dos bens e a circulação da riqueza assumem na sociedade contemporânea.

Caso típico é o dos fundos de investimento imobiliário, que são operados mediante intensa circulação do crédito, mas os direitos reais a eles relativos não se submetem ao modo e ao ritmo típicos da transmissão da propriedade imobiliária; é que esses direitos creditórios vinculados a imóveis são expressos em títulos mobiliários e, por isso, sua circulação ganha a agilidade típica da circulação de valores e crédito nos mercados financeiro e de capitais.

Os fundos de investimento possibilitam ampla disseminação dos direitos sobre a propriedade, pois os investimentos são divididos por cotas de participação e, portanto, acessíveis a grande número de pessoas, inclusive pequenos investidores. As cotas são negociáveis e podem circular com grande agilidade, nas Bolsas de Valores e em balcão, circunstância que pode emprestar ao investimento um grau de liquidez não experimentado pelos meios tradicionais de negociação de imóveis, cujo formalismo se mostra incompatí-

316 **Filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado-Editor, Sucessor, 5. ed., 1974, p. 275.

vel com a dinâmica da sociedade contemporânea.

Nesses negócios, a gestão da propriedade é atribuída a administradores profissionais, circunstância que torna a posição dos subscritores de cotas vulnerável e, portanto, merecedora de tutela, o que se faz pelo mecanismo da afetação, que assegura seu direito de seqüela sobre os bens que integram a carteira de investimento.

Essas e muitas outras situações em que se insere o direito de propriedade reclamam novas fórmulas, que atendam adequadamente as demandas da sociedade contemporânea. Não há dúvida de que, dada a diversidade das situações, a regulamentação há de ser peculiar, dada a função específica que a propriedade desempenha em cada uma das situações em que se apresentar.

Diante dessa diversidade, alguns autores falam do surgimento de tipos diferenciados de propriedade, “cada um dos quais assume um aspecto característico” (Salvatore Pugliatti), ou da “diversificação do direito de propriedade, no seu conteúdo, conforme o bem da vida que esteja em jogo, visando à função social da propriedade” (Ricardo Cesar Pereira Lira)³¹⁷, enquanto que outros, admitindo, embora, a necessidade de regulamentação diferenciada, entendem que não se justifica “modificar o conceito de propriedade, chegando-se a falar em *propriedades* e não em *propriedade*, esquecendo-se da unidade de conceito e da própria estrutura interna do direito de propriedade” (José Luís de Los Mozos).³¹⁸

Seja como for, a função social da propriedade condiciona o exercício dos poderes do proprietário, tendo em vista a destinação que, mediante critérios de política legislativa, se defina para certos bens, em determinadas circunstâncias.

Assim, a propriedade deve ser vista e regulamentada de acordo com a natureza dos bens sobre os quais incide – bens de produção, imóvel rural, industrial, urbano etc. –, e disso é exemplo o § 1º do art. 1.228 do Código Civil, pelo qual a função social da propriedade será caracterizada “de conformidade com a estabelecido em lei especial.”

4. Os princípios da Constituição de 1988 – Na linha desses conceitos, a Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade em geral, mas exige o cumprimento de sua função social, de acordo com o que dispuser o direito positivo, segundo as peculiaridades de cada situação.

317 *Apud* LIRA, Ricardo Cesar Pereira, **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, Rio, 1997, p. 161.

318 MOZOS, José Luís de los, cit., p. 164.

Nesse sentido, a Constituição distingue a propriedade urbana e a propriedade rural, cada uma com seu regime jurídico peculiar, sobre o qual o princípio da função social atua diferentemente, tendo em vista o tipo de utilização que a natureza do bem comporta (arts. 5º, XXII, XXIII, XXVI, 182, 184, 185 e 186).

No título VII — *da ordem econômica e financeira* — a Constituição reitera o princípio da função social da propriedade, associando-a à exploração dos bens de produção e ressaltando a função social da empresa (art. 170, II e III).

De acordo com esses princípios, a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, na medida em que, de uma parte, é reconhecida a faculdade do sujeito ativo de exigir a abstenção dos sujeitos passivos e, de outra parte, se impõe ao titular da propriedade, na condição passiva de adimplemento, o dever de utilizar a propriedade de acordo com o interesse coletivo.

A concepção decorre da convivência dos princípios constitucionais insertos nos incisos XXII e XXIII do art. 5º e nos incisos II e III do art. 170, que dispõem, de uma parte, sobre a garantia individual da propriedade e, de outra parte, sobre a exigência de sua destinação social, esta última que condiciona a valoração individual desse direito. São os casos específicos do art. 182, inciso I do § 4º, que prevê o *parcelamento ou edificação compulsórios*, caracterizando uma obrigação *propter rem* decorrente de lei de uso do solo que cria para o proprietário o dever de parcelar ou construir, vale dizer, nega ao proprietário o direito de *não-uso* da propriedade, e, bem assim, do art. 186, que, ao definir parâmetros para cumprimento da função social da propriedade rural, exige, entre outros requisitos, seja ela objeto de *exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores*.

Assim, segundo os princípios constitucionais, a apropriação e a exploração dos bens utilizáveis econômica e socialmente estão condicionadas ao cumprimento da função social, e esta, por sua vez, se amolda de acordo com a destinação do bem, de modo que, dependendo dessa destinação “e das relações sociais e jurídicas em que se insere, será especificada sua função social e, portanto, o conteúdo do direito de propriedade sobre ele incidente.”³¹⁹

A fixação desse balizamento comporta, evidentemente, construção doutrinária e legislativa que harmonize os princípios que, a par do direito subjetivo do titular da propriedade, condicionam o exercício dos seus poderes à realização da função social.

É nesse sentido que, na regulamentação do princípio constitucional de

319 TEPEDINO, Gustavo, “A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)”, Revista Forense, v. 306, p.74.

garantia de tratamento especial à propriedade produtiva, a Lei nº 8.629, de 1993, no seu art. 6º, considera produtiva a propriedade rural que, *explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente*, definindo, nos §§ 1º a 8º desse mesmo dispositivo, os graus de utilização e eficiência da propriedade produtiva.

No que tange à propriedade urbana, a Constituição, consagrando inovação das mais relevantes, faculta ao Poder Público *exigir do proprietário do solo urbano, não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de (...) parcelamento ou edificação compulsórios*. O vínculo obrigacional de caráter *propter rem*, aqui, impõe penalidade pela inércia do proprietário, se este deixar de destinar seu imóvel para os fins definidos no plano diretor da cidade. Nessa acepção, a lei do Plano Diretor haveria de impor ao proprietário uma obrigação de fazer, que acede ao terreno e cria para o proprietário o dever de prestar (promover o parcelamento ou construir), dever esse que incide sobre o próprio conteúdo do direito de propriedade, pois “desloca a concepção do direito de propriedade de exclusivo feixe de poderes, sobre a coisa, concedidos ao seu titular, para compreendê-lo, também, como explicitam juristas modernos (UGO NATOLI, ‘*La Proprietà*’, Milano, 1965, p. 127; RODOTÀ, ‘*Proprietà*’ **Novissimo Digesto Italiano**; G. ALPA, ‘*Nuovo Diritto Privato*’ UTET, 1985, ps. 316 e segs), sob a ótica de uma disciplina que incide sobre o conteúdo da situação jurídica do proprietário, que se apresenta também passiva, na medida em que se lhe impõem ônus e comandos obrigatórios visando ao interesse social da comunidade, sem compensação em seu patrimônio.³²⁰

5. A função social da propriedade urbana: o Estatuto da Cidade –

Dada essa concepção, e a partir da consciência de que a configuração da cidade é fato coletivo dos mais relevantes, cuida a Constituição de retirar do titular da propriedade a faculdade de *não-uso*, nas hipóteses em que o plano diretor da cidade especificar determinado uso para a propriedade e determinar sua utilização, daí resultando que a propriedade ociosa, nas circunstâncias definidas no plano diretor, deixaria de exercer sua função social. Nesse contexto, o poder do proprietário de deliberar sobre o aproveitamento de seu terreno urbano vai cedendo lugar ao interesse coletivo, de modo que a faculdade de construir, em local de especial interesse urbanístico, passaria a ficar condicionado ao interesse coletivo.

Efetivamente, a contínua pressão de novas exigências de natureza so-

320 Luiz Roldão de Freitas Gomes, **O estatuto...**, cit., pp. 25/32.

cial ou econômica, no plano urbanístico, induz a permanente revisão do conceito de propriedade, visando à tutela do interesse coletivo em harmonia com o direito individual, e, nesse processo, ao lado dos novos delineamentos da propriedade, novas modalidades de intervenção do Estado também vão surgindo, dando origem a inovações significativas nos mecanismos de apropriação de terrenos urbanos, do direito de construir e de legitimação de posse, para assentamento da população de baixa renda. É o caso, por exemplo, da Lei nº 9.785, de 1999, que abre novas perspectivas para implantação de lotes urbanos, ao alterar a legislação sobre desapropriações e sobre o parcelamento do solo urbano, admitindo o registro da cessão de posse de lotes de terreno, nas situações que menciona.³²¹

Quanto aos fundamentos da propriedade imobiliária urbana, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.7.2001) veio fixar as diretrizes gerais a que devem se submeter as normas relativas aos Planos Diretores das cidades, com o “objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, visando garantir adequadas condições de habitação, trabalho e lazer. Nesse sentido, estabelece normas específicas sobre a propriedade urbana, tendo em vista a realização de sua função social, notadamente nos seguintes aspectos:

a) garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

b) planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas, de modo a evitar distorções do crescimento e suas influências negativas sobre o ambiente;

321 A nova legislação introduziu profundas inovações, que comportam reflexão sobre a natureza jurídica da nova posse, sobretudo (1º) quanto ao título da posse (provisório), que possibilita o imediato acesso da população carente ao terreno para moradia, e (2º) quanto à definição da posse como objeto de uma nova garantia imobiliária. De acordo com a nova lei, nas desapropriações para fins de implantação de loteamentos populares, a imissão provisória do poder expropriante na posse será registrada no Registro de Imóveis; o poder expropriante ou suas entidades delegadas poderão ceder ou prometer ceder essa posse, sendo esse ato também objeto de registro no Registro de Imóveis; a certidão de registro da posse passa a constituir título hábil para arquivamento do memorial de loteamento, por parte do poder expropriante ou de suas entidades delegadas, dispensada a apresentação de título de propriedade; na implementação do loteamento, o título do adquirente do lote será a cessão de direitos de posse; esses direitos podem ser objeto de garantia para fins de financiamento habitacional; uma vez registrada a sentença que, no processo de desapropriação, fixar o valor da indenização, a posse converter-se-á em propriedade e sua cessão será convertida em promessa de venda ou, se já tiver havido quitação do preço, a cessão da posse converter-se-á em compra e venda, *circunstâncias que, demonstradas ao Registro de Imóveis, serão averbadas na matrícula relativa ao lote.*

c) controle de ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis, o parcelamento, a edificação e o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana, o dimensionamento dos empreendimentos em vista das condições de transporte, a retenção especulativa de imóveis, entre outras;

d) fixação de padrões de produção, de consumo e de expansão urbana compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental, social e econômica do município e do território sob sua influência;

e) proteção, preservação e recuperação do ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

Para cumprimento dessas diretrizes gerais, o Estatuto da Cidade criou novas figuras em nome da função social, tais como a concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, a usucapião especial de imóvel urbano, o direito de superfície, o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir, a regularização fundiária, entre outras.

De outra parte, as cidades³²² deverão estabelecer um Plano Diretor, aprovado por lei municipal, que, ajustando as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade às suas realidades específicas, constituirá o “instrumento básico de desenvolvimento e expansão urbana” (Lei nº 10.257/2001, art. 40). O conceito de função social da propriedade urbana haverá de ser aquele que estiver expresso no Plano Diretor, pois, de acordo com o § 2º do art. 182 da Constituição Federal, “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade, expressa no Plano Diretor.”

As disposições do Estatuto da Cidade, assim como a do art. 1.228 do Código Civil, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, deixam claro que só mediante lei é possível estabelecer condicionamentos ao direito de propriedade, afastando qualquer possibilidade de interferência do ato administrativo nesse campo, pois este, como assinala Perlingieri, jamais poderá estabelecer limites ao direito de propriedade “fora daqueles admitidos pela lei, ora porque lesivos da reserva de lei que caracteriza a propriedade, ora porque não-merecedores de tutela na medida em que são limitativos ou im-

322 Nos termos do art. 41 da Lei nº 10.257/2001, “o Plano Diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.”

peditivos da função social ou da acessibilidade a todos, da propriedade.”³²³

6. O Código Civil de 2002 – Na linha desses mesmos conceitos, o Código Civil de 2002 prescreve novas regras sobre cumprimento da função social da posse e da propriedade.

Em matéria de usucapião, introduz importantes inovações, seja priorizando a situação possessória pela redução dos prazos de prescrição aquisitiva, em geral, mas, também, criando nova modalidade de usucapião fundada na noção da posse-trabalho, na qual é igualmente exíguo o prazo prescricional, caso o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua residência e de sua família, e nele tenha realizado obras ou serviços produtivos. Aqui aparece com toda nitidez a prevalência do elemento social diante da inércia do titular da propriedade, tornando aquele que trabalha a terra e a faz produtiva merecedor de tutela do direito positivo, em detrimento daquele que, mesmo sob o manto de um título formal, permanece inerte, deixando de explorar o potencial econômico da terra.

Além disso, em situação semelhante, cria uma espécie de *expropriação judicial*, ao prever que, em ação de reivindicação, o proprietário pode ser privado do imóvel se este consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 anos, de considerável número de pessoas, e estes houverem realizado no imóvel, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. O juiz fixará a indenização correspondente e, uma vez pago o preço, a sentença valerá como título aquisitivo pelos possuidores, para registro no Registro de Imóveis (art. 1.228 e parágrafos). Aqui, mais uma vez sobressai a maior valoração jurídica da posse, em cotejo com a propriedade, na medida em que, apesar de ser devida indenização ao proprietário, a situação possessória prevalece, em detrimento do direito de propriedade.

De outra parte, o novo Código Civil condiciona o exercício do direito de propriedade à consecução de suas finalidades econômica e social e de modo que sejam preservadas a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. No mesmo sentido, veda os atos que não tragam ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Outras figuras que o novo Código Civil criou no campo da função social da propriedade são a revisão de normas relativas ao direito de vizinhança, a regulamentação do direito de superfície e a inclusão, entre os direitos reais,

323 Ob. cit., p. 229.

do direito real de aquisição do promitente comprador de imóvel.

Aspecto de especial relevância, no contexto dessas inovações, é a extraordinária ampliação do poder discricionário do juiz, pois é a ele que caberá, em cada caso concreto, preencher os conceitos enunciados pelo novo Código Civil, que, pela sua vagueza, deixa largo campo à interpretação do julgador. No caso da chamada *expropriação judicial*, por exemplo, o § 4º do art. 1.228 é praticamente todo formulado sobre conceitos vagos; diz que o proprietário pode ser privado do seu imóvel se esse “consistir em *extensa área*”, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de *considerável número de pessoas*, e estas nela houverem realizado (...) obras e serviços *considerados* pelo juiz de *interesse social e econômico relevante*.”

7. Conclusão – A concepção doutrinária e os exemplos colhidos do direito positivo mostram quão ampla e variável é a noção da função social da propriedade.

A matéria é polêmica, sobretudo pela dificuldade de se aferir a justa medida do equilíbrio entre os interesses extraproprietários e o direito subjetivo do titular da propriedade. É nesse ponto de convergência que se sustenta a coexistência do direito subjetivo e da funcionalização do seu conteúdo.³²⁴

A definição desse ponto de equilíbrio decorre de critérios de política legislativa, incumbindo ao legislador fixar, com a indispensável nitidez, a caracterização da função social em cada situação em que se mostre relevante o interesse social, de acordo com a natureza dos bens e com os contornos de cada situação proprietária (Constituição Federal, arts. 182 e 186 e Código Civil, art. 1.228, § 1º).

Trata-se, é verdade, de um “campo a ser arado”, um vasto campo a ser percorrido pelo legislador dentro do perímetro demarcado pela Constituição, que concilia a garantia do direito subjetivo e a consecução da finalidade social da propriedade, mediante adequada utilização do potencial produtivo dos bens. ◆

324 RODOTÀ, Stefano, “*Note critiche in tema de proprietà*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n° 1, 1960, p. 1297.